



10

TERCER TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRIMER DISTRITO
JUDICIAL DE PANAMÁ. Panamá, quince (15) de febrero de dos mil
once (2011).

V I S T O S:

Procede del Juzgado Octavo de Circuito del Primer
Circuito Judicial de Panamá, Ramo Civil, EN GRADO DE APELACION,
el expediente que contiene el Proceso de **PROTECCION AL
CONSUMIDOR** propuesto por la señora **KATHIA MONTENEGRO DE VARGAS**
contra la sociedad **GENICA, S.A.** El recurso *in comento* fue
presentado por el Licenciado **RAMON DE LA O FERNANDEZ S.,**
apoderado judicial de la demandante, señora **KATHIA MONTENEGRO
DE VARGAS,** contra la Sentencia N°90 de 9 de noviembre de 2010,
por medio de la cual se NIEGA la pretensión de la actora en
contra de **GENICA, S.A.**

Ingresado el expediente a este nivel judicial y como quiera
que las etapas de segunda instancia han quedado evacuadas y no
se han encontrado vicios ni pretermisiones que pudiesen causar
la nulidad de lo actuado, procede este Tribunal a dictar el
fallo de fondo, para lo cual se adelantan las siguientes
consideraciones:

ARGUMENTOS DE PRIMERA [INSTANCIA]

El Juez Suplente de grado sustentó la alzada señalando que
el examen del Contrato no da cuenta de que se trate de un

contrato de adhesión, según lo define el artículo 33 de la Ley N°45 de 2007, por lo que la demandante debía probar tal circunstancia. Y agrega que no se observa que el acuerdo en ciernes, esté integrado por cláusulas predispuestas previamente redactadas y preparadas por el agente económico de manera unilateral.

Afirma que el Contrato que cuenta con once Cláusulas y que no puede deducirse, de su lectura, que el documento posee los atributos propios de un contrato de adhesión; lo que permitiría someterlo al control de la Ley N°45 de 2007, a través del régimen de <<cláusulas abusivas>> en contrato de adhesión. Sigue señalando que no puede presumirse que la voluntad en la esfera de consentimiento de la adherente se exteriorizó a través de una mera manifestación de aceptación y en la cual la misma no aportó para la fijación del contenido contractual.

Indica el Suplente A Quo que el control judicial de las condiciones generales (inclusión, interpretación o contenido) imponen el examen del contrato en su totalidad y que éste no evidencia falta de buena fe, desequilibrio contractual y, menos aún, lo alegado por la actora del supuesto abusivo que acarrea la nulidad de la cláusula que favorezca excesivamente o desproporcionalmente la posición de la proveedora e importe renuncia de los derechos del adherente o consumidor. Sigue señalando, que la pena contenida en la Cláusula Novena encuentra su contraprestación y, por ende su equilibrio, en el contenido de la Cláusula Décima.

POSICION DE LA DEMANDANTE-RECURRENTE

El Licenciado **RAMÓN DE LA O FERNÁNDEZ S.**, apoderado judicial de la demandante, señora **KATHIA MONTENEGRO DE VARGAS**, al sustentar el recurso de alzada indicó que no comparte la calificación errada proferida por el Tribunal de instancia en el sentido de no concebir el contrato en ciernes como <<de adhesión>>, puesto que basta con ver el contenido del Contrato de Promesa de Compraventa objeto de la controversia para apreciar que el mismo contiene Cláusulas que pueden ser calificadas como estándares dentro de los contratos de esta naturaleza.

Advierte que dentro del cuerpo básico del <<Contratos de Adhesión>> es que se encuentra la Cláusula demandada como <<abusiva>> dentro del proceso de marras, o sea, la Cláusula Novena. Continúa señalando que, los Contratos de Promesa de Compraventa utilizados por las empresas promotoras o inmobiliarias, contienen una cláusula que establece una penalización para el prominente comprador en caso de incumplimiento, y que dicha penalización en algunos casos, sirve de indemnización para el prominente vendedor en el evento de que se ocasionen daños o perjuicios, por la no celebración del negocio por causa imputable al prominente comprador.

Afirma el letrado que la Cláusula Novena del referido Contrato no puede ser ignorada ya que forma parte de éste; es decir, se encuentra inserta en todos los contratos de ese tipo y que inclusive ya ha sido declarada nula (retención de sumas abonadas) por el Tercer Tribunal Superior, que determinó que bajo

ninguna circunstancia e agente económico o empresa; verbigracia, la parte fuerte de la relación, puede retener la totalidad de las sumas abonadas por el consumidor, parte débil de ésta.

Asegura que en este caso, la Cláusula Novena inserta en el contrato se manifiesta como <<abusiva>>, pues no discrimina la razón o causa por la cual el prominente comprador incurrió en el incumplimiento de lo pactado y, por lo cual se produce una desventaja injustificada en su contra, al imponerle las consecuencias por un hecho que no depende de su exclusiva voluntad. Bajo esas circunstancias, la aprobación o no de un crédito depende de la entidad financiera que lo vaya a conceder o no; por lo que estima desequilibrado retener, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la suma abonada.

Agrega el ponente que fue debidamente acreditado en el cuaderno el rechazo a su solicitud de crédito por parte de la Caja de Ahorros para la cancelación del saldo insoluto de la obligación. De ahí que la aplicación de la Cláusula Novena debe acaecer en el caso de que el accionar sea motivado por culpa o responsabilidad del comprador, y en este caso el incumplimiento ocurre por el accionar de un tercero, ajeno al control del consumidor; figura que se conoce en el mundo jurídico como <<fuerza mayor>>, definida en nuestra legislación en el artículo 34-D del Código Civil y, que nuestros legisladores previendo tal situación la regulan en el artículo 990 del Código Civil.

Igualmente alega el recurrente que no fue acreditado en el proceso el supuesto daño o perjuicio causado a la demandada por parte de su representada, por efectos de no continuar con el Contrato, según lo dispone el artículo 1100 del Código Civil, puesto que la contraparte, además de detentar a su entera disposición el bien prometido en venta, ha estado utilizando el abono dado por su representada.

Puntualiza la censura que no es motivo de controversia y por tanto, resulta un error de juicio por parte del operador judicial suplente que se haya entrado a comparar el contenido de las Cláusulas Novena y Décima para efectos de justificar la validez y equilibrio de la Cláusula impugnada, cuando el contenido de la misma, analizada en forma aislada, refleja la clara oportunidad que tiene el prominente vendedor para tomar ventaja frente al prominente comprador quedándose con el abono realizado, por el hecho que en el Contrato de compraventa no se pueda concretar y sin importar la verdadera causa o razón que produjo la no concreción del mismo.

Arguye, que el artículo 475 del Código Judicial (normativa supletoria a estos casos) se refiere al principio de congruencia que debe ser observado por el Juzgador al momento de dictar sentencia, regla general del procedimiento que consideran no atendió el A-Quo al momento de emitir el fallo, ya que se pronuncia sobre un punto no pedido por la actora ni resistido por la demandada quien, además, no ha comparecido al proceso.

Finalmente, advierten sobre la actitud de la demandada

antes y durante el proceso, la cual siempre ha mantenido una actitud evasiva, puesto que, previo a las reclamaciones de la consumidora, ya la relación con la empresa demandada se hacía cada vez más difícil. Al interponer la demanda, tuvo que ser notificada via edicto emplazatorio, puesto que la demandada no pudo ser localizada en el domicilio en donde se suscribió el Contrato. Siguen señalando que la demandada, no informó a la consumidora que cerraría la oficina y durante la tramitación de las reclamaciones ante **ACODECO** no se pudo dar con el paradero de la demandada, como tampoco lo ha logrado durante la tramitación del presente proceso, al punto que la consumidora tuvo que costear un Defensor de Ausente a fin de que representara los intereses de la demandada.

CRITERIO DEL TRIBUNAL DE ALZADA

Luego de revisada la pretensión de la parte actora, las pruebas que obran en el expediente, así como la decisión del Juez de instancia procede este Tribunal a decidir sobre la juridicidad o no de la resolución impugnada. El presente negocio accede al **PROCESO DE PROTECCION AL CONSUMIDOR** incoado por la señora **KATHIA MONTENEGRO DE VARGAS** contra la sociedad **GENICA, S.A.**, procedente del Juzgado Octavo de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá (fs.3-7), en virtud de la competencia adscrita a estos Tribunales por la Ley N°45 de 31 de octubre de 2007. Iniciado el trámite previsto por la citada ley, el Juzgado de instancia admitió la demanda y ordenó correr en traslado a la parte demandada por el término de diez (10) días hábiles (fs.36-37), como quiera que la demandada manifestó no conocer otro domicilio de la demandada (fs. 43), el Juzgado

procedió a ordenar el emplazamiento por edicto de la demandada (fs.46). Una vez realizada la notificación por edicto (fs.56), el Tribunal designó al Licenciado **SEBASTIAN RODRIGUEZ ROBLES**, como Defensor de Ausente de la demandada (fs. 57), mismo que tomó posesión del cargo en los estrados del Tribunal (fs.61) y dio contestación al libelo de demanda dentro del término señalado, (fs.62-63), negando todos los Hechos, las pruebas y el derecho invocado.

Prima facie, señala el Tribunal que la normativa aplicable a la presente contienda, se encuentra reservada en la Ley N°45 de 31 de octubre de 2007, toda vez que la relación de consumo que da origen a la contratación se perfecciona el 18 de octubre 2008 - momento en que las partes suscriben el Contrato de Promesa de Compraventa -.

Y es que, para que se surta este proceso ante este Tribunal Especializado en materia de Protección al Consumidor, la Ley N°45 de 31 de octubre de 2007, exige que primero se prueben dos extremos, uno la calidad de una de las partes como <<Consumidor>> y el de la otra como <<Proveedor>>, dicha posición acredita la legitimación de las partes en el proceso y le confiere la condición a cada cual, según reza el artículo 32 de la Ley N°45 de 2007, que a la letra dispone:

"Son beneficiarios de las normas de este título, todos los consumidores de bienes y servicios finales, y quedan obligados a su cumplimiento todos los proveedores.
 Los contratos o transacciones, para la compra de bienes muebles destinados al consumidor, y la prestación de servicios profesionales o técnicos, se sujetarán a las disposiciones en este Título".

Así las cosas, advierte esta Superioridad que, ha sido demostrado en autos que la señora **KATHIA MONTENEGRO DE VARGAS**

108

celebró un <<Contrato de Promesa de Compraventa>> con la empresa **GENICA, S.A.**, situación que fue debidamente demostrada en autos a través de la incorporación del Contrato de Promesa de Compraventa (fs.13-14), lo cual motiva a esta Superioridad a señalar, que ha quedado acreditada la calidad de <<CONSUMIDORA>> de la demandante.

Por otro lado, fue acreditado en autos, a través de la incorporación del Certificado de Registro Público (fs.29) que la empresa **GENICA, S.A.**, se dedica a la venta de unidades residenciales, por lo que la misma ostenta la calidad de <<PROVEEDOR>>, en virtud de la relación contractual existente entre ella y la señora **KATHIA MONTENEGRO DE VARGAS**.

Ahora bien, advierte esta Colegiatura que, el conflicto jurídico planteado por la demandante, en esta segunda instancia, gira en torno a impugnar la Sentencia N°90 de 9 de noviembre de 2010, mediante la cual se NIEGA la pretensión de la demanda de **PROTECCION AL CONSUMIDOR** propuesta por la señora **KATHIA MONTENEGRO DE VARGAS** contra **GENICA, S.A.**

La lectura del escrito de sustentación del recurso nos indican que el aspecto sustancial de la reclamación de la actora gira entorno a reclamar el pago de los dos mil balboas (S/2,000.00) dado como abono inicial para separar la vivienda; arguyendo la misma que no pudo cumplir con el compromiso pactado puesto que la Caja de Ahorro le informó que por políticas del Banco no le podía conceder el préstamo hipotecario con el cual iba a adquirir la vivienda, señalando

107

que al comunicar a la demandada, **GENICA, S.A.**, que no podía honrar el compromiso porque le negaron el préstamo, la misma se negó a devolver las sumas abonadas manifestando que, en base a la Cláusula Novena del Contrato, el dinero sería retenido por la empresa para cubrir los daños y perjuicios causados. Sigue señalando que el incumplimiento del contrato de promesa de compraventa no se dio por culpa o negligencia suya, simplemente no podía honrarlo porque un tercero (el Banco) no había aprobado el crédito, tal y como ella había acordado, viendo de esta forma lesionado su derecho de consumidora, al considerar que la Cláusula Novena del Contrato de Compraventa suscrito es abusiva de acuerdo a la Ley N°45 de 31 de octubre de 2007.

Advierte el Tribunal que el primer punto a verificar por esta Sala es la caracterización del **CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA** suscrito entre la señora **KATHIA MONTENEGRO DE VARGAS** contra **GENICA, S.A.** y, si el mismo responde a un <<contrato de adhesión>>, sujeto a las regulaciones que tutelan los derechos del consumidor o, si por el contrario, es un contrato comercial en donde las partes *hacen gala* del ejercicio de la <<autonomía de voluntad>> y <<libertad de contratación>>, por lo que no podría reputarse como <<abusiva>> y, por ende, <<nula>>, ninguna cláusula pactada. Por otro lado, habrá que analizar si la Cláusula Novena del Contrato de Promesa de Compraventa celebrado entre la señora **KATHIA MONTENEGRO DE VARGAS** contra **GENICA, S.A.**, debe o no reputarse como <<CLÁUSULA ABUSIVA>>; y, de calificar como <<ABUSIVA>>, si deben o no reconocerse la pretensión de la actora.

110

El análisis del expediente y de una atenta lectura del acuerdo suscrito entre las partes, el Tribunal observa que efectivamente nos encontramos ante un Contrato de Adhesión lo cual responde a un documento que ha sido elaborado unilateralmente por el proveedor, estableciendo uniformemente los términos y condiciones aplicables, tal y como es el caso bajo revisión. Esta Colegiatura ha definido el <<Contrato de adhesión>>, siguiendo la letra del numeral 3 del artículo 33 del Estatuto del Consumidor como "Aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes y servicios, sin que el consumidor pueda negociar su contenido al momento de contratar"; es decir, aquel pacto preestablecido, formateado por una de las partes, con la voluntad inicial y preconcebida del extremo más fuerte en donde el consumidor sólo puede optar por "tomarlo o dejarlo", sin capacidad de modificar las condiciones generales previstas por el proveedor.

La doctrina también se ha referido a este tipo de contratación, así encontramos la definición dada por el maestro **JAVIER ARCE GARGOLLO** en su obra **CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS**:

"El contrato de adhesión o por adhesión es aquel en el cual "una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo, que en el ejercicio de la empresa se realicen. Las cláusulas del contrato de adhesión no pueden ser más que puras y simplemente aceptadas." (Editorial Porrúa, Mexico, 2000, pp.75)

En este sentido, no comparte el Tribunal el criterio a que arriba el Juzgador A-Quo cuando señala que el contrato que nos ocupa no da cuenta de que se trate de un contrato de adhesión, puesto que la naturaleza del **CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA**

de bien inmueble posee condiciones pactadas que no son producto de la libre deliberación de las partes ni del ejercicio del <<principio de la autonomía de la voluntad>> al momento de contratar, sino que obedecen a la imposición de una parte más fuerte (proveedor) respecto a la otra (consumidor), por cuanto a que la primera (proveedor) detenta un poder superior de negociación en relación a la segunda (consumidor), que sólo se ve compelida a aceptar los términos dados o a rechazar el documento propuesto. Y es que, ya ha sido un tema debatido y reconocido por estos Tribunales Especializados que, el contrato que se analice debe ser examinado en su integridad, dejando de lado, la parca oportunidad de negociar un detalle.

En cuanto al tema de la naturaleza del contrato, para efectos de ser examinado en Sede de Consumidor, cuando surge una controversia en donde se plantea lo <<abusivo>> de una de sus <<cláusulas>> insertas en dicho pacto, resulta de vital importancia señalar que, esta Corporación ha reconocido que la connotación suprema de estos acuerdos está centrada en la posibilidad de que el proveedor del bien y/o servicio fije unilateralmente y a su favor, los términos de la contratación al consumidor, quien sólo tendrá la opción de rubricar el contrato o abstenerse de refrendar el acuerdo impuesto.

Desea aclarar esta Magistratura que, la posibilidad que detenta el consumidor de discutir algunos aspectos del contenido que sirven para individualizar el bien y/o servicio no soslayan la falta de equidad y equilibrio entre las partes en la negociación. De ahí que, revisado el documento, en su

112

conjunto, se puede constatar que no sólo el tipo de relación habida entre las partes permite incluir cláusulas que conculcan los derechos del consumidor tutelados por Ley, sino que también demuestra la imposición de un poder superior de negociación del oferente respecto al adherente.

De ahí que, respecto al primer tópico debatido concluye esta Sala que, el referido **CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA** suscrito entre la señora **KATHIA MONTENEGRO DE VARGAS** contra **GENICA, S.A.** (fs.13-14), responde a un Contrato de Adhesión en donde **GENICA, S.A.** - en su condición de PROMOTORA DE VIVIENDA - posee una posición dominante sobre el consumidor, debido a las características propias del negocio de venta de bienes inmuebles dentro del mercado panameño de mano de los promotores.

Ahora bien, corresponde a esta Superioridad decidir si el contenido de la Cláusula Novena del Contrato de Promesa de Compraventa celebrado entre la señora **KATHIA MONTENEGRO DE VARGAS** contra **GENICA, S.A.**, debe o no reputarse como <<CLÁUSULA ABUSIVA>>; de conformidad a lo regulado en el artículo 74 de la Ley N°45 de 31 de octubre de 2007; por lo que estima pertinente transcribir el texto de la Cláusula Novena, la cual a la letra reza de la siguiente forma:

"NOVENA: Declara y acepta EL PROMINENTE COMPRADOR que en caso de que por actos de su culpa y responsabilidad no se pueda celebrar el contrato de Compraventa definitivo dentro de los términos y plazos acordados en el presente contrato de promesa de compraventa, esto se rescinde de pleno derecho y como consecuencia de ello EL PROMINENTE VENDEDOR retendrá para sí la suma abonada como garantía de la celebración del contrato, sin ninguna responsabilidad de su

13

parte. En tal sentido, las sumas retenidas cancelaran los daños y perjuicios que se le han ocasionado al PROMINENTE VENDEDOR, por el incumplimiento de parte de EL PROMINENTE COMPRADOR". (cfr. fs.14-15)

La atenta lectura de la Cláusula Novena reveló al Tribunal que la misma restringe el derecho de la consumidora y favorece excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del proveedor y, al reputarse el acuerdo, como un <<contrato de adhesión>>, se evidencia que la Cláusula Novena fue concebida por el proveedor con abuso de su posición dominante y con inobservancia de la buena fe contractual.

Véase bien, el deseo de la demandante era honrar su compromiso, pero motivos de fuerza mayor - debidamente acreditado en el expediente (fs.35) - demuestran que le fue imposible a la señora **KATHIA MONTENEGRO DE VARGAS** (consumidora) honrar el compromiso y, a pesar de que la demandante ha intentado que la demandada considere su posición, la misma se apoya en la Cláusula Novena que, a toda luces, es <<abusiva>> en el equilibrio contractual que debe existir en toda relación comercial, pues sólo consulta el interés de la empresa oferente.

En este sentido, ya estos Tribunales se han pronunciado con antelación respecto a las cláusulas que penalizan el incumplimiento por parte de la consumidora y que facultan al proveedor a retenerlas en calidad de indemnización de daños y perjuicios, sin considerar que el incumplimiento de la obligación se debe por <<fuerza mayor>> o <<caso fortuito>>, señalando que la misma es desproporcionada reputándola como <<ABUSIVA>>, de conformidad a lo normado en el artículo 74 de

114

la Ley N°45 de 2007 (Fallo de 27 de noviembre de 2007, Proceso de Protección al Consumidor propuesto por la AUTORIDAD DE PROTECCION AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA, subrogándose en los derechos de la consumidora NADKYI DUQUE JAEN contra NETO, SA.). Por la pertinencia de la norma citada, nos permitimos transcribirla:

Artículo 74. Nulidad absoluta de cláusulas abusivas en contratos de adhesión. Son abusivas y absolutamente nulas, las condiciones generales, de los contratos de adhesión que:

- 1 ...
- 2 Limiten o extingan la obligación a cargo del otorgante o proveedor;
- 3 Favorezcan excesiva desproporcionadamente la posición contractual de la parte otorgante o proveedor, e importen renuncia o restricción de los derechos del adherente o consumidor;
4. Exoneren o limiten la responsabilidad del otorgante o proveedor por daños corporales, incumplimiento o mora;

Concluye el Tribunal de Alzada que el principio de la <<buena fe>> contractual y el equilibrio en las relaciones entre las partes quedó comprometido, transformándose el pacto en un potencial instrumento de opresión que ejerce el polo dominante (predisponente) sobre la parte débil (adherente), fracturándose indirectamente el principio conmutativo de distribución de sacrificios. En otras palabras se plasma, así una situación de abuso que, por debilitar la posición contractual de una parte, y potenciar la restante, desestabiliza la relación sinalagmática.

Se exonerará de costas de primera y segunda instancia a la parte desfavorecida habida cuenta que una de las partes está representada por la Defensoría de Oficio de la **AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA** (Cfr. artículo 31 de la Ley N°45 de 31 de octubre de 2007, en concordancia con el artículo 1077 del Código Judicial).

En mérito de lo antes expuesto, el **TERCER TRIBUNAL**

115

SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRIMER DISTRITO JUDICIAL DE PANAMA,
administrando justicia en nombre de la República y por
autoridad de la Ley, **REVOCA** la Sentencia, dictada por el
Juzgado Octavo de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial
de Panamá dentro del **PROCESO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**
propuesto por la señora **KATHIA MONTENEGRO DE VARGAS** contra
GENICA, S.A., en consecuencia **RESUELVE:**

PRIMERO: DECLARAR ABUSIVA la Cláusula Novena del Contrato de
Promesa de Compraventa suscrito entre la señora **KATHIA**
MONTENEGRO DE VARGAS contra la sociedad **GENICA, S.A.**

SEGUNDO: ORDENA a la sociedad **GENICA, S.A.** devolver a la señora
KATHIA MONTENEGRO DE VARGAS la suma de **DOS MIL BALBOAS**
(B/.2,000.00) dada en concepto de abono a la vivienda.

Se **EXONERA** de costas a la parte demandada por las
consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente
resolución.

NOTIFIQUESE,


MGDA. AIDELENA PEREIRA VELIZ


MGDO. LUIS A. CAMARGO V.


LCDA. ZIONET SILVA BATISTA
Secretaria Judicial Interina